

カナダ憲法の権利実効条項 (Enforcement)

——憲法救済法の視点

富井 幸雄

- 一 はじめに
- 二 24 条 1 項の規範構造
- 三 適切な救済の種類：24 条に読み込む裁判所の救済裁量
- 四 むすびにかえて

一 はじめに

現代立憲民主主義国家にあつて、政府の違憲な行為によって人権を侵害された者は、その行為の無効と具体的な人権の回復の救済を司法に求めることができないからではない。違憲な国家行為の無効は憲法の最高法規条項からの帰結であり、違憲を主張した当事者への具体的な救済は、別途法的に考慮される。日本国憲法は、憲法上の権利は司法権によって究極的にその保障が担保され実効される構想である。¹⁾

適切な救済をこの局面で司法がいかに創出するかは、憲法にこれを授權する明文の規定がないから一義的ではなからう。²⁾ 裁判を受ける権利 (32 条)

-
- 1) 「裁判所に違憲立法審査権が与えられた趣旨は、違憲の法律を無効とすることによって、国民の権利利益を擁護すること、すなわち、違憲の法律によりその権利利益を侵害されている者の救済を図ることにある」(今井功判事補足意見)。最 (大) 判平成 20 年 6 月 4 日、民集 62 卷 6 号 1367 頁、1384 頁。
 - 2) 憲法 17 条は、公務員の不法行為責任を追及できる国民の権利は法律の定めるところによるとしているけれども、違憲な国家行為の人権侵害への司法的追及を国民の権利とした、直接適用できる救済権の規定である。最 (大) 判平成 14 年 9 月 11 日、

は司法で救済を受ける権利まで保障していると読み込めるかもしれない。³⁾ もっとも、憲法上の権利はそれ自体に司法による実効が含意されているのであって、司法も救済をなすのはその本質であるとの理解は説得的である。⁴⁾

違憲な人権侵害行為に対する救済を司法が施しうとする憲法規定を設けているのがカナダである。⁵⁾ カナダは、1982 年憲法（「自由と人権のカナダ憲章」

民集 36 巻 7 号 1439 頁。同条は旧憲法の国家無答責を否定し、国民を泣き寝入りさせないとする行政救済法の制度原理の観点が強く、カナダの 1982 年憲法 24 条 1 項のようなすべてにわたる違憲訴訟の救済の規定とまでは読み込まれていない。西塾章『国家補償法概説』（勁草書房、2008 年）14-18 頁、参照。わが国では憲法 17 条を受けて制定された国家賠償法によって、違憲な国家行為による人権侵害の金銭賠償が利用されている。日本国憲法 17 条は、公務員の違憲な行為に対するいわば憲法不法行為に損害賠償という救済を求める国民の権利を保障したもので、明文で公務員の不法行為を対象としており、その概念は民法の不法行為である。佐藤功『憲法』（有斐閣、昭和 30 年）134 頁。その具体的な救済は法律に委ねているので、憲法不法行為は国家賠償法の枠で議論されることとなる。この点は、損害賠償がコモンローで認められているカナダとは異なるけれども、コモンローでは主権免責や公務免責の法理があり、後述するように、これを憲法訴訟での救済でどう修正するかは判例や制定法の展開に委ねられる。

- 3) 憲法 32 条は司法へのアクセスの権利保障と解される。佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011 年）353 頁。同条で司法による具体的で適切な救済を受ける権利まで読み込むのは困難であろう。
- 4) 高橋和之『体系憲法訴訟』（岩波書店、2017 年）106-108 頁。高橋は、司法権を「適法な提訴を待って、適正な手続に従い法の解釈・適用を終局的に確定し、実効的な救済を命ずる権限」と定義し、実効的救済を司法の概念の中で解決させている。
- 5) この点興味深いのが南アフリカ憲法である。カナダの 1982 年憲法 24 条や 52 条、そしてこれらの条項の判例を踏襲して、憲法明文で違憲判決の類型を規定している。南アフリカ憲法（1996 年）38 条は、カナダの 1982 年憲法 24 条 1 項と同じ規定を設けたうえで、172 条 1 項で以下のように規定している。「裁判所はその権限で憲法判断するとき、(a) 憲法に適合しない行為あるいは法がその不適合の範囲内で無効 (invalid) であることを宣言しなければならず、かつ、(b) 以下のような、正当かつ衡平な命令を下しうる、(1) 無効宣言の遡及効を制限する命令、(2) 権限のあるもの (competent authority) に欠陥を矯正させるために、何らかの機関と条件を設けて無効の宣言を中断させる命令」。なお、英国も人権法 4 条で同法が保障する人権に反する立法を裁判所は不適合と宣言することができるとしている。Human Rights Act 1998, U.K. c.42, Sec.4(2)。

(以下「憲章」)を内包(1条から34条))で人権侵害に対する違憲審査権を確立させるとともに、裁判所に人権を実効される権限を付与した。同24条1項は権利の実効(Enforcement)と題して、「何人も、本憲章で保障された権利や自由が侵害され、もしくは否定されたとき、正当な管轄権を有する裁判所に提訴して、その裁判所が状況に応じて適切と考える救済を得る (obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances) ことができる」と規定する。救済条項(RC)である。⁶⁾

このRCを憲法典に盛り込んだ(entrenched)ことで、2つの点を明確にしたといえる。第1に、憲法上の人権は司法権によって救済される権利内容を含んでいることである。憲法上の人権が侵害された場合、その権利回復のための適切な救済がその権利内容の判断から導かれる。第2に、司法権が究極的にその権利回復のための適切な救済をクラフト(製作)しうる裁量が認められることである。⁷⁾すなわち、RCは司法の救済創出権とそれを求める国民の権利を憲法で保障した二重の(dual)規範なのである。⁸⁾この司法の救済権は、制定法やコモンロー、さらにエクイティのルールで制限できないのであり、裁判所は違

6) 同条項は「憲章の権利の実効力(effective enforcement)の礎石として救済の権利を確立させ…憲章がカナダ人の権利と自由の保護の活力ある道具であることをなによりも確証させる」。Mills v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 863, 881 (Lamer, J.). なお同条2項は、憲章に反して収集された証拠は司法では排除されると規定している。これも救済条項といえるけれども、本稿では1項のみをRCとして考察の対象とする。

7) 「救済なくして権利を創造することは、裁判所に憲法上の権利侵害が生じたとき救済を作り上げるのを確実にさせた憲章の目的の一つと真逆(antithetical)になる」。Nelles v. Ontario, [1989] 2 S.C.R. 170, 196 (Lamer, J.). この事件は検察の権限濫用に対する損害訴訟で、限定免責が認められたケースである。

8) Marilyn L. Pilkington, *Damages as a Remedy for Infringement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 62 CAN. BAR REV. 517, 531 (1984). アメリカでは国家賠償は制定法に基づくのに対し、カナダは憲法で違憲行為からの救済を求めることができるとともに、救済の形成に司法の広い裁量が認められているし、政府幹部(アメリカは大統領など免責が認められる)に対してRCも実効されるとする。Id. at 529.

憲の侵害から憲法保障を実効させるため状況に応じた適切な救済を決定する。⁹⁾

違憲審査制を根拠づける規定は、憲法に反する法は憲法に不適合のかぎり効力を持たないとする 1982 年憲法 52 条 1 項の最高法規条項 (SC) である。カナダは 1982 年憲法で SC と RC を明文化することで、憲章が保障する人権は究極的に司法権で実効されるとしたのである。司法のフェーズでは、訴訟の中で個別的救済によることとなる。そしてかかる救済は、憲法や制定法に具体的な規定がないから、裁判官が裁量で選択し決定できることになる。RC は違憲行為を回復させるのに何が適切な救済かを考える出発点である。¹⁰⁾ただ、裁量ということは限界があるということであることに留意しなければなるまい。¹¹⁾

違憲審査権の行使での救済とは、法令そのものに対するサンクション、つまり違憲無効か合憲解釈か、無効中断効 (temporary suspension of invalidity) かなどの判断と、人権侵害された原告に対する個別的な救済の判断の 2 つのトラックからなり、前者は SC に、後者は RC に基づく。¹²⁾本稿は個別救済つまり

9) *Id.* at 534; ANDREW K. LOKAN AND CHRISTOPHER M. DASSIOS, CONSTITUTIONAL LITIGATION IN CANADA ¶ 6-3 (1) (2006).

10) Pilkington, *supra* note 8 at 519. See also, Kent Roach, *Enforcement of the Charter-Subsections 24(1) and 52(1)*, 62 SUP. CT. L. REV. 473, 477 (2013).

11) 裁量とは恣意が認められるということではない。救済には原理に基づいた一貫した決定を裁判官はしなければならないということであり、関連する制定法やその他の法規範の根拠では決定できない状況において、判事自身によって最終的に決定された原理に基づいて決めるということである。H.L.A. Hart, *Discretion*, 127 HARV. L. REV. 652 (2013). マティーニとシェリーでマティーニにするなんぞは、選択ではあっても単なる好みであるから、おおよそ裁量とはいわないのであって、裁量は、①授權された人がその選択に裁量を行使するとの利害が前提にあり、②訟索を指導する賢智あるいは熟慮 (deliberation) を意味するものでなければならない。*Id.* at 657-658.

12) 富井幸雄「最高法規条項と人権侵害の法令違憲判決における救済—カナダ憲法における解釈的救済、特に暫定的無効中断の意味」法学会雑誌 59 巻 1 号 99 頁、2018 年。ローチは組織的トラックと個別的トラックとする。前者は法令の違憲を示したうえでその修正を政治部門の選択に委ねるものである。Kent Roach - Judicial activism and the role of courts in providing remedies, Feb. 5, 2015, <http://www.trudeaufoundation.ca/en/activities/events/judicial-activism-and-role-courts-providing-remedies->

RC に習熟する。¹³⁾ SC は法令を違憲無効とする救済を導き、立法府と対峙するのに対し、RC は個別的救済といった処分の要素を有し、また主に官吏の不法行為にかかわるから、主に行政府との関係で権力分立の問題を惹起する。

本稿はこの RC に基づいて人権侵害の違憲な行為にどのような司法救済がクラフトされているのかを検討する。まず、RC の規範内容を分析する。憲章が RC を設けた意義やもうひとつの救済に関わる SC との関係を整理し、RC が憲法救済に司法の裁量を認めた規定であることを明らかにする。次に、そうした裁量で司法は RC に基づいてどのような救済類型を創出してきたかを考察する。それには、訴訟の中断 (stay)、宣言的判決、損害賠償 (損賠)、インジャンクションがある。それらの構造と、そうした救済類型創出の根拠や限界を検討する。その際、裁判官はどのように救済をクラフトするかを考える。そこで関心となるのは、救済は憲法上の実体的権利とは別の議論なのか、それとも実体的権利そのものに救済類型の基準は内包されているのか、である。コモンローでは、救済とは「実体と手続の間のどこかにあって、双方から区別されるけれども、双方ともオーバーラップしている」。¹⁴⁾ ただ実体的権利と救済の索連 (nexus) は理論的にそれほど意識されていないようにみえる。

kent-roach. See also, Roach, *supra* note 10 at 509.

- 13) Remedy (救済) とは「権利違反を予防し、除去しあるいは補填する手段」をいう。DAPHNE A. DUKELOW, THE DICTIONARY OF CANADIAN LAW 1103 (3rd ed. 2004).
- 14) DOUGLAS LAYCOCK, MODERN AMERICAN REMEDIES: CASES AND MATERIALS 8 (2002). 「救済は実体法によって課せられた義務に意味を与える」が、実体法の具体的な中身を決めるのではなく、義務懈怠によって被った不利益への補填を決める。ただ州の訴えが連邦裁判所に向けられたとき、および連邦の訴えが州の裁判所に向けられたとき、裁判所は実体か手続のどちらかの救済を区分しなければならない。Id. at 2. 救済はその機能もしくは形式から、①補償的 (compensatory) ②予防的 (preventive(a. coercive b. declaratory)) ③現状回復的 (restitutionary) ④制裁的 (punitive) ⑤附随的 (ancillary) の 5 つの救済に分類される。Id. at 3. なおさらに、代替的 (substitutionary) と個別的 (specific) の 2 つの基本カテゴリーに分けられうる。損害を被った原告が金銭賠償を受け取り、specific としてこの exchange (交換) を避けようとする。Id. at 6. またコモンローの伝統的な裁判所の分類 (court of law, court of equity) から、法的な救済と衡平救済の 2 つに分けられる。Id. at 7.

前カナダ最高裁首席判事マクラックランは、救済はその重要性ほどには気にかけられず、実体的権利ほど注意は払われていないとする。¹⁵⁾ 立憲主義が国民個人のレベルで憲法上の人権の実現にあること、そしてその究極は司法審査制によって担保されていることにかんがみれば、憲法訴訟での救済を権利の実現として考えていかなければならない。¹⁶⁾ 日本もカナダもこの点は共有される。カナダが1982年の憲法で権利の実効としてRCを明文化したことの意義を検証することは意義があるのである。

二 憲章 24 条 1 項 (RC) の規範構造

1 救済条項の背景と特異性

カナダ最高裁（以下「最高裁」）は、「最も重要なことに、同条項（RC―筆者）の文言は憲章の権利の侵害への救済をクラフトするのに、裁判所に最大限の裁量（widest possible discretion）を与えている」とし、RCの解釈の原則は以下の4つであるとする。¹⁷⁾ 第1に、RCは広範かつ合目的な（purposive）解釈を要求しており、憲章の目的を最もよく達成できるように寛大に解釈されなければならない。救済にかかわるものであって、「大きく自由に（large and liberal）」救済法の一般解釈原則にのっとりなければならない。第2に、憲章上の

15) Beverley McLachlin, *Rights and Remedies—Remarks*, in *TAKING REMEDIES SERIOUSLY* 21 (Robert J. Sharpe and Kent Roach, eds. 2009). その原因として、法問題は権利が核であって、実務で学問でもそうであるとする。Id. at 21-23.

16) 井上典之『司法的人権救済論』（信山社、1992年）、特に第4章。人権の司法による実効的救済は「違憲判断の後始末」の問題だとする。佐藤は、裁判所の固有の創造的活動を問題とする救済法という独自の法領域に憧憬をいだき、これを取りこんだ司法権の実質的観念の構成は権利実現に、より貢献することになろうとする。佐藤、前掲3)書、589-90頁。

17) *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R.575, 586-589 (McLachlin, C.J., delivering). この事件はRCが定める管轄権のある裁判所に州法（州事犯法 Provincial Offences Act）で設置された審判所が当たるかが問題となった事件である（肯定）。

権利をその侵害に効果的な救済を与えるよう、保護する目的を達成するように、解釈されなければならない。「権利というものは、理論的にはいかに広範であろうとも、その違反に提供される救済があってはじめて有意となるのだから、[RC] の解釈は必然的に憲章上のすべての権利に共鳴する (resonate across)」。

第 3 に、憲章 24 条の 1 項と 2 項 (違憲収集証拠排除) は調和するように一緒に解釈されなければならない。第 4 に、司法権に意図されていない権限が与えられるような広範な読み方はしてはならない。RC には、裁判所を、違憲な人権侵害を究極的に救う女神にしたとの思いをこめた制憲時の興奮がしのばれる。¹⁸⁾

ひるがえって、日本国憲法にはかかる構造はみられない。¹⁹⁾しかし、自由権が明文で取り込まれたからには、そこに司法権による特別な保護が認められ、司法の救済裁量も一定程度認められる(憲法上読み込める)とする解釈もある。²⁰⁾ カナダ憲法ではこの議論は RC でスキップできる。もっとも、裁判所が(日本国憲法でいえば 98 条や 81 条、1982 年憲法では SC に、基づいて) 違憲を宣言するのが原則と解されるところ、違憲を主張した原告たる国民個人の憲法上の権利利益の回復の救済も求めうるから、司法はこれにこたえるために適切な救済を講じうるかが憲法問題となり、また、救済は立法や行政もなしうるとこ

18) 「救済は司法の自己抑制の手段であってはならない。私益が憲法上保護されると宣言される限り、効果的な救済がその剥奪を正すために利用されなければならない」。Pilkington, *supra* note 8 at 576.

19) これを論証し検討したのが、遠藤比呂通「憲法的救済法への試み (一) ~ (四)」国家学会雑誌 101 巻 11・12 号 1 頁、102 巻 7・8 号 35 頁、103 巻 5・6 号 1 頁、105 巻 1・2 号 62 頁、1992 年、である。日本国憲法には救済の規定がなく、それは実定法制度の根拠を要すると解されるところ、憲法に実定化された自由権は格別に列挙された自由であって、それは司法権による保護が要請されたものと解されるし、適切な救済には司法府の裁量が働くとする。

20) 同上。「一般に、憲法にも制定法にもそのほかにも、A と B の間で司法はどのように判断すべきかにいかなる外部的法的根拠もない。その意味では、憲法上の救済を選択することは、民事訴訟で衡平上の救済を課すのと同じなのである」。Eric S. Fish, *Choosing Constitutional Remedies*, 63 U.C.L.A. L. REV. 322, 329 (2016). したがって、「裁判官は憲法上の救済を選択するとき、自分らは実質的な裁量を行使しているのだということを知覚しなければならない」。*Id.* at 386.

ろであるから、権力分立の憲法問題も生じる。²¹⁾

その適切な救済を認める広範な裁量を裁判官に与えたのが RC である。²²⁾ RC は、「憲章上の権利の効果的な執行の礎石として救済権を確立させ…なによりも憲章がカナダ人の権利と自由の保護の活力ある道具であることを確証させる」のである。²³⁾

立法の合憲性、特に人権侵害となる違憲性のチェックは、制定前に政府の立法過程でなされる。これは憲法に明文の規定があるわけではないけれども、憲法の要請といえよう。1960 年制定のカナダ権利章典 3 条は、すべての法案や規則はそれらの条項がこの権利章典に合致しているかを連邦法務大臣の審査に服させ、不適合の時は速やかに衆議院に通知するとしている。²⁴⁾ この規定は後に廃止されたけれども、1985 年改正の法務省法に引き継がれている。²⁵⁾ 議会は合憲であるとの解釈を自身で精査して、立法を制定しているのである。

21) 「自由権を侵害された個人は裁判所に対して実効的救済を請求する権利を有する」から、司法に救済裁量が認められる一方で、実効的救済の創設は状況の変化に応じて柔軟に対処しなければならず、法解釈者たる裁判官の「廉潔性」とは別に、「救済付与者としての裁判官はいわば立法者のあるいは行政官のともいうべき職務を遂行する」ことになる点は、議論を要する。遠藤、前掲注 19) 論文、国家学会雑誌 105 巻 1・2 号 66-67 頁。

22) R. v. Ferguson, [2008] 1 S.C.R. 96, 113-114. このことは次のように言い換えられて確認される。Id. at 123-124. 法が違憲であれば一般的な救済は SC に基づくもので、法の無効が提供される。RC は、違憲の法ではなく合憲の法に基づいて正当な法枠組みでの機関によって侵された違憲な政府行為に対する救済として使用されるのが一般である。SC と RC では救済の目的が異なる。

23) Mills v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 863, 881 (Lamer, J.).

24) Canadian Bill of Rights, S.C., 1960, c. 44, s. 3. See also, PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW IN CANADA 798 (4th ed. 1997).

25) Department of Justice Act, S.C. 1985, c. 26, S. 105. 同法 4 条 1 項は、法務大臣は第 1 次法案の憲章適合性を評価する義務を法務大臣に課し、不適合の時は下院に通知すべきとしている。その手続は、See, The Canadian Charter of Rights and Freedoms Examination Regulations SOR 85/781. 法務大臣の憲法保障機能として、富井幸雄「憲法保障機関としてのカナダ法務長官―付随的違憲審査制の補完?」法学会雑誌 46 巻 2 号 133 頁、156-158 頁、2006 年、参照。

これに漏れた違憲の立法や政府行為によって人権を侵害された者は、非政治プロセスの司法権で救済を受ける権利があるとする事で、客観的レベルでの憲法保障のみならず主観的レベルでの人権保障を完成させる。立法の違憲性が問題とされたとき、SC によって、裁判所は立法の違憲無効などを宣言できる。当事者の個別救済は RC による。もっとも、個別の制定法があればそれによって救済を受け、RC を持ち出す要はない。例えば、刑事法の規定が違憲無効とされたとき刑法によって被告には無罪が言い渡されるのであり、RC は必要がない。²⁶⁾ただ SC と RC とでは救済の意義や内容が異なる。

2 RC と SC の棲み分け

カナダ憲法が SC のみならず、裁判所によって適切な救済を受けるとした RC を付加しているのは、注目される。²⁷⁾ただ、SC も RC も違憲の国家行為に対する制裁であり、両者の関係や競合が問題となる。SC と RC の救済の棲み分けは、一応できている。²⁸⁾1982 年憲法制定初期にはさほど意識されず競合して用いられた例もあったが、最高裁が 1992 年のシャクター事件でこれを明確

26) HOGG, *supra* note 24 at 938. 一般法で救済を受けうるものは RC の管轄外であって、RC は「なんらかの理由で一般法が規定する救済が利用できない、あるいは満足のいく救済を規定していない場合のみ、必要とされる」。Id. at 939.

27) こうした enforcement 条項を置いているのは、インド、ナイジェリア、ドイツ、その他小国があるが、具体的な救済を明文化しているインド (1949 年憲法 32 条と 226 条) は目を引く。GERALD-A. BEAUDOIN AND ERROL MENDES, *THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS* 19-3 (3rd ed. 1995). See also, *id.* n.3. インド憲法は、「憲法上の救済権 (Right to Constitutional Remedies)」として基本的権利 (fundamental rights) のなかで具体的な規定を設けている (32-35 条)。32 条は、「この編の規定する権利を保障するため、最高裁判所は、適切な指令、命令又は人身保護令状、職務執行令状、禁止令状、権限開示若しくは移送命令書の性質を有する令状を含む令状を発する権限を有する」(2 項) とする。孝忠延夫・浅野宜之『インドの憲法—21 世紀「国民国家」の将来像』(関西大学出版部、2006 年) 72 頁。

28) W.H. CHARLES, *UNDERSTANDING CHARTER DAMAGES: THE JUDICIAL REVOLUTION OF A CHARTER REMEDY* 9, 18 (2016).

に分け、競合 (concurrent remedies) について、SC での違憲無効の宣言は RC と併用されることはほとんどないとし、以下の2点を明確にした。²⁹⁾ 第1に、両条項は異なった機能を果たす。SC は対世的で多数人に影響をもたらすものであるのに対し、RC は個別的訴えにのみ効力を有する。SC で違憲無効とされなくても、RC で個別的救済を得ることはできる。第2に、違憲判断の後の RC の救済は遡及効となるのであり、裁判所は気乗りしないものである。SC に基づいて立法が違憲即無効と判断された場合、RC でさらに救済を考えることは稀で、RC の遡及的救済は利用できない。

ただこのシャクター・ルールは自ら例外を認めていて、SC と連動させて RC に基づく遡及的救済は認められることがあるとしており、併用も司法の裁量だとする主張がある。³⁰⁾ その際考量される要素は、A. 政府の義務の性質、B. RC だけの救済で適切か、C. 憲章上の権利侵害の重篤性、D. RC の遡及的救済を認めると政府予算にどのような影響を与えるか、であるとする。³¹⁾ A は、政府が憲章上課せられた実体的義務を懈怠したり、違法に法的義務の履行を避けたりすることが考えられる。B では、SC に基づいて合憲補充解釈 (read in) で救済が完結するような場合は RC の救済を考える必要はない。C には公益や政府の善意 (bona fide) が考量されよう。D は過度に強調されるべきではないが、不当に予算を圧迫するようになる救済は慎重であるべきである。

立法によって損害を被ったことへの賠償 (RC に基づく) は、SC でその立法自体が違憲無効にされるのだから、不要とされる。³²⁾ しかし、こうした稀な事

29) Schacter v. Canada, [1992] 2 S.C.R. 679, 719-720. シャクター事件は、暫定的無効中断判決の類型を含む SC に基づく救済類型を整理した判例として、特筆すべきである。富井、前掲 12) 論文、111-115 頁、参照。

30) Vinay Shandal, *Combining Remedies under Section 24 of the Charter and Section 52 of the Constitutional Act, 1982: A Discretionary Approach*, 61 U. TORONTO FAC. L. REV. 175 (2003).

31) *Id.* at 195-200. なお、これらは完結ではなく、司法の裁量が認められるのであって、新たな他の要素も考慮されうる。*Id.* See also, *id.* at 199.

32) Guimond v. Quebec, [1996] 3 S.C.R. 347. Mackin v. New Brunswick, [2002] 1 S.

件は SC と RC を連結させて救済が考えられ、立法の違憲無効 (SC に基づく) と、損賠 (RC に基づく) があわせて認められよう。³³⁾

RC は憲章上の人権侵害に対してのみ適用されるのに対し、SC は違憲な国家行為すべてに適用される。³⁴⁾ SC は違憲の宣言を原則とする。違憲宣言は人権についても憲章 2 条に照らして前提となるけれども、そのみでは不十分な場合があり、原告が損賠やインジャンクションを求めているケースもある。³⁵⁾ RC の文言は広範で司法に救済裁量が認められ、制定法やコモンローに厳格に縛られないけれども、憲法の他の条項に反してはならない。³⁶⁾

3 事例に即した適切な (appropriate and just in the circumstances) 救済の意味

RC は救済を裁判所が適切と考えるかぎりなしうとするも、条文ではその限界は状況に適合したものとししか定めていない。この文言は司法の救済裁量を認めたものであるとともに、その限界も規定したのであって、これをどう解釈するかが RC の機能を画定させることとなる。この文言は後に見るように構造的インジャンクションを創出させる根拠にもなっている。

ホッグは判例を分析して、RC に基づく救済命令を大きく 2 つに整理してい

C.R. 405. 後者の事件ではシャクターの法理を引いて、「損賠は違憲の宣言に続けて獲得することはできないけれども、ルールとして、(RC—筆者)で提起された損賠訴訟は (SC—筆者) に基づく無効宣言の訴訟と連動されえないのは真実である」とする。 *Id.* at 443.

33) ROBERT J. SHARPE AND KENT ROACH, *THE CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS* 441 (6th ed. 2017).

34) 憲章は 32 条で、憲章は連邦議会や政府と州の立法府や政府に適用されるとしているから、RC は州の行為も対象としうる。

35) LOKAN AND DASSIOS, *supra* note 9 at ¶ 6-19.

36) *Id.* 制定法やコモンローが救済の型を提供することはあるし、それらによって適切かつ公平な救済が形成されることもある。 *Id.*

る。³⁷⁾ 1 つは消極的救済 (defensive remedies) で、刑事責任を否定したり、訴訟を猶予したり、無罪にしたり、令状を無効にしたりするなどして、何らかの法あるいは行為を止めたり、無効にしたりする。もう一つは積極的 (affirmative) 救済で、義務付け命令や損賠命令などである。そして、司法裁量は、①原告が被った悪行の矯正②将来的に合憲を促進させること③政府権力行使に不必要に干渉しないこと④認められた救済を裁判所が管理する能力、の 4 要素に支配されうるとする。

積極的救済である構造的インジャンクションを認めたドゥセ - ブドゥロ事件 (後述) で、この文言の意味が明確にされる。³⁸⁾ まず憲章は purposive (合目的) に解釈されるべしとの法理は RC にも当てはまり、RC は「権利が、理論上いかに広範であるとしても、救済はその違反に提供したのと同じくらい意義があるのだから、憲章違反には十全で効果的な有意義の救済が提供されるように解釈されなければならない。…すなわち、救済への合目的アプローチは少なくとも 2 つのことを要求する。第 1 に、保護されている権利の目的が促進されなければならない。第 2 に、救済規定の目的が促進されなければならない、つまり裁判所は効果的な救済を作り上げなければならない」(25)。そして、「事例に即した適切な」の意味は以下の 5 つの要素だとする (55-59)。第 1 に、救済が原告の権利や自由を意義あるものとして実効させる (vindicate) のでなければならない。第 2 に、われわれの立憲民主主義の枠内で正当な手段を用いるものでなければならない。第 3 に、裁判所の職務や権限を引き出しながら権利を正当に実現する司法救済でなければならない。第 4 に、原告の権利が十分に実効化されていると確認した後、命令が下される当事者に対してもまた、公平なものでなければならない。第 5 に、RC は憲章で正式に記された基本的人権を実効する憲法構造の一部であることを忘れてはならない。³⁹⁾

37) Hogg, *supra* note 24 at 945-946.

38) Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education), [2003] 3 S.C.R. 3. 本文中の括弧で引用パラグラフを示す。

39) 文言の広範性は事例に応じて変化させるのを許容するのであり、「かかる変遷は、

この RC の定式は 2008 年のファーガソン事件でも踏襲される。いわく、⁴⁰⁾RC は「少なくとも今まで、適憲性が争われていない合法的な枠組みで行動する政府官吏の違憲な行為に対してケースバイケースで救済を提供するものと、一般にみられてきた。[SC の救済では] 判事に一切の裁量を与えない。それは単に、憲章に適合しない法律はその不適合の範囲でいかなる効力も持たないと規定するのみである」。RC は政府官吏による違憲な行為に対する救済であるのに対し、SC は違憲な立法に対する救済であるともいえる。⁴¹⁾

RC は政府官吏の行為の違憲性に対する救済である点で、SC の救済（法令そのものの違憲無効を求める）とは別であって、RC は憲法不法行為（constitutional tort）の規定ともいえよう。被告人の弁護人依頼権が認められなかったケースで、連邦裁判所は「憲法不法行為」を特徴づけて、制裁を科さなければ問題となった警察の違法な行為を黙認してしまうことになり、損賠はこれを抑止するに十分懲罰的であるとしてこれを認めた。⁴²⁾この判例は、被告が弁護人依頼権を否定されたのを憲法不法行為と呼んでいる。⁴³⁾憲法不法行為は下級審

伝統と歴史は適切で正当な救済の合理的かつ説得力のある概念が何を要件とするかには障害とはなりえないのだから、伝統的で歴史的な救済の実務に比較するとき、新規かつ創造的な様相を要求することになろう。要するに、司法の救済へのアプローチは当該事例の必要性に応答的で柔軟でありつづけなければならない」。Id. at para 59. ただ、これらの要素は抽象的で救済を具体的に予定するものではなく、あくまで救済は個別的文脈的である。Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran, [2014] 3 S.C.R. 176, para 165.

40) R. v. Ferguson, 2008 SCC 6. RCMP（国家警察）の警察官が獄舎で拘禁者と口論の末に銃で射殺したという殺人事件で、刑法が 4 年以上の法定刑としていているところ、残虐な刑罰だとして憲章 12 条違反が訴えられて憲法上の免責を認めた 1 審判決を退けた事件である。SC で違憲無効が帰結されるけれども、それだけではなく状況に応じた救済を下しうるとした。Id. at para 38.

41) CHARLES, *supra* note 28 at 51.

42) LOKAN AND DASSIOS, *supra* note 9 at ¶ 6-24. Crossman v. Canada, [1984] 1 F.C. 681. 1984 CanLII 2891 (FC).

43) Id. 「なんらかの制裁を科さなければ、事案と、私の意見では問題となっている警察の違法な行為を、見過ごしてしまう（condone）ことになる」とし、損賠は抑止として機能するに十分に制裁的である」とした。Id. at para 23.

判例では言及されており、被告である国家の行為が何らかの憲章違反の要素を含んでいることを示唆するものである。憲法不法行為と位置づけることで、新たな領域を管理する判事にいくばくかの指針と安定を提供する、十分に発展した不法行為法の領域へのリンクを、その公的性格を認識しながら、維持させていくことになる。⁴⁴⁾

特定の救済の要件はそれぞれの類型で定式化されていくけれども、救済形成の基軸にあるのは比例原則である。⁴⁵⁾第1に、特定の救済は特定の救済目的を達成するのに必要であることである。第2に、救済を限界づける社会利益の正当化を政府に要求する1つの手段である。第3に、限界と救済の全体的なバランスと調和は適切でなければならない。

4 手続の問題

(1) 原告適格

RCは救済を求めうる者は、「憲章によって保障された権利あるいは自由をなく奪ないし否定された者 (anyone whose rights and freedoms, as guaranteed by the Charter, have been infringed or denied)」(RC本文)に限定される。SCでの立法の有効性を争う第三者は認められるかもしれないけれども、RCは自身の憲法上の権利が侵害された者にのみ適用される。⁴⁶⁾SCは目的、効果のどち

44) CHARLES, *supra* note 28 at 33, 33 n.58.

45) SHARPE AND ROACH, *supra* note 33 at 429.

46) Pilkington, *supra* note 8 at 543. 法人は信教の自由を否定されたことでRCに基づく救済を訴求することはできないけれども、ビッグM事件では、刑事法である日曜休息法が個人の信教の自由を侵害すると主張した法人の原告適格を認めている。R. v. Big M Drug Mart, [1985] 1 S.C.R. 295. これは厳密にはSCに基づく訴訟である。いわく、「本件訴訟のように、立法の違憲性を根拠にするものであるところでは、(RC一筆者)に訴える必要はなく、訴訟当事者の個別的効果は関係がない」。Id. at 313. HOGG, *supra* note 24 at 939-940. なお、SCでの法令の違憲の主張はRCでの救済での原告適格より緩やかであるとする。Id. at 940.

らから権利を侵害する立法に対する救済であるのに対し、RC は憲章上の権利を侵害する政府行為への救済で、違憲の政府行為に対する個別的救済 (personal remedy) であって、SC と異なり、自身の憲法上の権利の侵害を訴えた当事者だけが提起できる。⁴⁷⁾

(2) 救済をなしうる裁判所

RC は権限のある裁判所 (court of competent jurisdiction) に救済権を認めているので、そうした裁判所は明確でなければならない。憲法上司法権を構成する裁判所がこれに該当することに問題はなく、さらに上級裁判所に属さない事実審 (trial court) も裁判に関連する救済の申し出を聞く権限がある裁判所である。⁴⁸⁾ただ刑事責任を事前に審理する裁判官はここでいう権限ある裁判所にあたらない。⁴⁹⁾刑事事件の予備審理の判事には憲章 11 条 b での不合理な遅延を理由として裁判を延期させる権限はなく、違憲に収集された証拠能力を審理する権限もないとされる。⁵⁰⁾行政裁判所は根拠法によって、相争う当事者、訴訟事項、憲章の救済が求められているから、権限ある裁判所に当たるとするのが判例である。⁵¹⁾行政裁判所は法律問題の管轄権があること、そして適切と考え

47) R. v. Ferguson, [2008] 1 S.C.R. 96, at para 61.

48) Kent Roach, *Charter Remedies*, in OXFORD HANDBOOK OF THE CANADIAN CONSTITUTION 673, 941 (Peter Oliver, Patrick Macklem, and Nathalie Des Rosiers ed. 2018). 1867 年憲法の規定しない、州が設置する州裁判所や連邦裁判所も、政府の行為の憲章違反に基づく損賠の訴訟を管轄する裁判所である。Canada v. McArthur, [2010] 3 S.C.R. 626, 635-636.

49) Mills v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 863, 964-965 (McIntyre, J.).

50) 反対意見の Lamer が法廷意見と見間違ふほどの詳細な議論を展開し、24 条 2 項の証拠能力に関して予審判事は権限ある裁判所だとした。

51) Weber v. Ontario Hydro, [1995] 2 S.C.R. 929, paras 67, 76 (McLachlin, C.J.). 労働紛争仲裁審判所は、RC に基づいて宣言判決や損賠を下しうる権限のある裁判所だとした。行政裁判所 (administrative tribunals) は憲章問題について判断できるとするのが判例である。Douglas/Kwantlen Faculty Association v. Douglas College, [1990] 3 S.C.R. 570, at 594-595. 当事者の合意による仲裁委員会は制定法によって法問題について判断する権限があり、合意書の定年条項の合憲性を判断する権限がある。も

る救済を下す権限があることの要件を備えていれば、RC で定める裁判所たりうる。⁵²⁾

オンタリオ州の建設計画で同州の職業健康安全法の基準を守っていないとして同法で起訴されたケースで、州に告発承認書を含む文書の開示を被告が求めたけれども、開示を拒否されたので、州の罰則法 (Provincial Offences Act) に基づいて事実審判事 (州裁判所 (provincial court)) が州は憲章に違反していると判断したところ、この治安判事がRC の「管轄権ある裁判所」にあたるかが争われた。最高裁は、それは構造機能 (structural and functional) アプローチで判断されるとして、これを認めた。⁵³⁾ 憲章はカナダの新たな法システムであり、憲法上の権利と救済の新制度を先導するものであって、憲章の制定そのものが必然的に多くの裁判所や審判所を巻き込む (595)。憲章制定者の意図や審判所創設の立法趣旨を重視するのが構造機能アプローチであり、問題となっている審判所がそうした構造や機能から RC で救済を認めるのに適しているかの判断となる (597)。本件の州裁判所は環境の目的も担っているけれども、基本は刑事裁判の機能であり、本件非開示から生じる憲章違反の損失を査定する適切なフォーラムでもある (618)。

ホッグがいうように、そもそも「権限ある裁判所」の規定は RC での救済権限を狭めるものではない。⁵⁴⁾ 第 1 に、文理上 RC は、裁判所の管轄権と救済は分

つとも、行政裁判所の憲章判断は上級裁判所による司法審査に服する。Hogg, *supra* note 24 at 949. ただ、制定法で法問題を判断する権限を授権されていない審判所は、そのかぎりではない。Id. at 949-952.

52) 「法問題を決定する管轄権を持つ審判所 (tribunal) は憲章を最高法規として適用し、憲章の救済を下す管轄権を、立法府が明文でかかる権限をその審判所から排除していない限り、有するとみなしうる」。SHARPE AND ROACH, *supra* note 33 at 426. *See also*, Nova Scotia v. Martin, [2003] 2 S.C.R.504, at para 36. 特定の立法条項から生じる法問題を決定する権限を持つ行政裁判所は、当該条項の合憲性を判断する権限を有するのが前提とされるのであって、つまるところ、法問題を決定する権限は、有効な法律だけを適用することで決定する権限なのである。Id.

53) R. v. 974649 Ontario Inc., [2001] 3 S.C.R. 575, 622.

54) Hogg, *supra* note 24 at 944. RC 「は裁判所の救済権限の十分な根拠として読ま

けて規定している。原告が管轄権があると考える裁判所に憲章違反の訴えを提起すると、その裁判所は事例に即して適切な救済を考えるのであり、RC はそこでの裁判所の権能を規定したものである。第 2 に、RC は憲法上の救済権を規定したものである。これを議会は制定法で制限できない。第 3 に、RC は憲章違反に対する新たな救済の形成を裁判所に可能にさせたものである。

裁判所による救済類型や救済権は制定法あるいはコモンローで認められ、憲章がなくとも救済は裁判所によって考えられうる。それを制限できるのは憲法だけである。憲法が規定する司法権である上級裁判所 (superior court) は、かかる制限の規定がなく、憲章上の救済を形成するのに「適切かつ正当」であるのと同じくらい革新的でありうる。⁵⁵⁾

救済が RC によって司法の裁量的権限であるなら、憲法違反に対する救済を立法で規制できるか。これは別の面から言えば、憲章の権利の実効 (enforcement) は司法固有の権限であって、⁵⁶⁾ 立法は介入できないのか、の議論である。

まず確認すべきは、「憲章のいかなる条項も、いかなる公権力組織の立法権を拡大させるものではない」(憲章 31 条) ことである。憲章は、立法権を拡大させる条項はもたない。ただ 1867 年憲法 93 条 4 号は、93 条で保障された宗派学校の権利を州による侵害から保護するために、連邦議会に救済法を制定する権限を認めている。⁵⁷⁾ アメリカ憲法の修正条項も、例えば州の奴隷制に対する実効 (enforce) として連邦の立法権限を明文で認めている (修正第 13 条、第 14 条)。こうした規定は憲章にはないので、連邦議会は憲章の人権の実効に関する救済をさじ加減できないとの解釈が合理的である。

ローチは、アメリカは 1996 年、ニュージーランドは 2005 年に、囚人の不法行為請求権を制限する立法を制定しているのを見て、カナダで損賠を制定法

れる」とする。Id.

55) DALE GIBSON, THE LAW OF CHARTER: EQUALITY RIGHTS 344 (1990).

56) HOGG, *supra* note 24 at 953. 以下のパラグラフの記述はこれに負う。

57) この点について、富井幸雄「カナダ憲法と世俗主義—宗教、教育、国家 (1) (2)」法学会雑誌 49 巻 1 号 201 頁、2 号 123 頁、2008 年、2009 年。

で規制できるかの問いを提起している。⁵⁸⁾2010 年、最高裁はそうした立法は憲章上の権利を侵害するとしている (マッカーサー事件)。⁵⁹⁾

三 適切な救済の種類：24 条に読み込む裁判所の救済裁量

1 損賠

(1) 総説

RC は裁判所に救済裁量を認めただけでも、いかなる救済なのか、それぞれの要件はどのようなものなのか、規定を設けていない。もっとも、損賠は RC における主たる救済として想定されている。⁶⁰⁾ 損賠は歴史的に民事責任の典型的救済として利用されてきたし、これまでも人権侵害に適切な救済として、アメリカ最高裁でも受容されてきた。他方で議会には損賠を好まない理由もある。かかる訴訟の洪水を招来するし、損賠に国民の税金が使われるし、間接的に官吏の士気に影響するといった懸念である。損賠は政府の効果的な運営に不要に干渉することになるのであって、そこに限定免責 (qualified immunity) 法理

58) Roach, *supra* note 12. 行政的救済を尽くしていることなどが要求され、政治的に人気のある立法であるけれども、カナダでは否定されるとする。この論点はこの講演に負う。例としてニュージーランドのそれは、Prisoners' and Victims' Claims Act 2005 であり、他の手段を尽くしていなければ訴訟は提起できないとしている (13 条)。www.nzlii.org/nz/legis/hist_act/pavca20052005n74327/.

59) Canada v. McArthur, [2010] 3 S.C.R. 626. 5 年余り独房に入れられていた囚人マッカーサーがその損賠を上級裁判所に求める訴訟を認めた。ローチは、これは別段、新たな救済とか積極主義ではなく、司法の伝統的な役割だとする。Roach, *supra* note 12.

60) CHARLES, *supra* note 28 at xii. See also, Roach, *supra* note 10 at 511. RC の救済権は「いうまでもなく損賠を含みうる。この救済の様式は市民の権利や自由を侵害するもしくは否定する国家またはいかなる者が、悪意又は故意で、あるいはその市民に対する結果が容易に認識しうる状況で行動するとき、司法判断として適切である」。Lagorgia v. R. (1985), 18 C.R.R. 348, 353 (F. C. T. D.).

が横たわる。⁶¹⁾ 最高裁はピルキントンの言説を引用して以下のように述べている。⁶²⁾

救済が適切で正当かを判断するとき、裁判所は憲章の保障を履行する必要性だけでなく、政府の効果的な裁量に不当に介入せずにそうする必要性をも考慮しなければならない。…政府官吏の限定責任は効果的な政府の必要性に対して憲法上の権利を保護するのを衡量する手段であり、言い換えれば、救済が状況に即して適切かを決定するものである。政府官吏は善意で権限を行使し、憲法上の権利を定義する「確立した争いのない」法を順守する義務がある。しかしながら、官吏が法の現在の状況に照らして合理的に行動したのに結果的にその行為が違憲と判断されたなら、そこに責任はない。この場合に官吏に責任を認めるなら、公共善によって要求された決断と決意でその職を全うするその者の意思を損なうことになる。

損賠を憲法上の救済として消極視するのには、憲章違反に対する損失を金銭の次元で具体的に評価しにくいことがある。⁶³⁾ 損賠はコモンローでは民事救済の定番であるけれども、憲章上の権利侵害の不法行為は金銭的 (pecuniary) 損失とは評価しがたく、したとしてもあてずっぽ (guesswork) になる。さらに違憲判断であれば、SC に基づく法令の違憲無効が適切な救済となり、これ

61) LOKAN AND DASSIOS, *supra* note 9 at 6-22. 「政府機能に関する限り、免責は立法作用のみならず、執行的、行政的、準司法的機能にも適用される」。CHARLES, *supra* note 28 at 62.

62) Guimond v. Quebec, [1996] 3 S.C.R. 347, para 15.

63) SHARPE AND ROACH, *supra* note 33 at 440-441. この点興味深いのは、在外邦人選挙権を小選挙区には行使できないようにしていた公職選挙法を違憲と判断したわが国の最高裁判決では、違憲の確認判決とともに原告に 5000 円の国家賠償を認めたのに対し、泉徳治裁判官は、損失の算定が不可能であり損賠はなじまないと主張していることである。最 (大) 判平成 17 年 9 月 14 日、民集 59 巻 7 号 2087 頁、2109 頁。憲法上の人権侵害に対する損賠で、その額をどう査定するかは課題であろう。

と並行して RC による損賠を認めるのはためらうのが判例である。⁶⁴⁾それは「公法の一般原理であって…悪意あるいは権限濫用で明らかに悪い行為でなければ、裁判所が結果的に違憲と宣言した法の単なる制定や適用の結果として蒙った損害に対する賠償を認めることはない」。⁶⁵⁾

公務員の不法行為にはアメリカと同じような限定免責の法理が確認される。⁶⁶⁾2002 年の Mackin 事件で、定員外の判事の給与を削減する州法が憲章 11 条 d に基づく司法権の独立を侵さないかが争われ、そこに損賠の余地があるかが問題となったところ、限定免責、つまり悪意があった証拠はないとして、州は損賠責任を負わないとし、以下のような法理を確認した。⁶⁷⁾官吏や立法府が立法の欠陥で民事責任を負うことは限定される。本件では官吏個人というよりも政府の制度が攻撃されており、判例上、悪意による明らかな悪行や権限濫用の証拠がなければ、後に違憲と判断された立法によって損害を被っても損賠は認められない。限定免責は憲法上の権利の保護と効果のある行政の必要性のバランスをとる手段であり、コモンローの主権免責は公法の一般原理に横たわっ

64) Guimond v. Quebec, [1996] 3 S.C.R. 347; Mackin v. New Brunswick, [2002] 1 S.C.R. 405. 前者は料料不払いを禁錮にする法が違憲とされるも損賠は否定されたものであり、後者は現職判事の準退職的地位の取り消しが違憲と判断されるも、損賠が否定されたものである。See also, SHARPE AND ROACH, *supra* note 33 at 441.

65) [2002] 1 S.C.R. 405, at para 77. つまり限定免責であり、「効果的な統治の必要性和憲法上の権利の保護の間の」バランスを図ることが目される。Id. at para 79. すなわち絶対免責ではなく、悪意、権限濫用、明白な違憲の立法を怠慢にも制定してしまった場合には損賠責任が認められ、そうした稀なケースでは、SC で法令違憲無効とされる救済に加えて RC に基づいて損賠が認められる。SHARPE AND ROACH, *supra* note 33 at 441.

66) CHARLES, *supra* note 28 at 59-60.

67) [2002] 1 S.C.R.405, at paras 78-82 (Gonthier, J., delivering). 違憲な立法の立証以上の何かが必要だとした。憲章 11 条 d は被告人の権利として、「独立かつ中立な裁判所による公開かつ公平な審理で法に従って有罪とされるまで、無罪であるとの推定を受ける」権利を保障する。これは人権規定であるけれども、司法権の独立の制度にかかわる部分もある。カナダにおける司法権の独立について、富井幸雄「司法権の独立—カナダ憲法での成熟 (一) (二)」法学新報 115 巻 3・4 号 105-146 頁、5・6 号 145-188 頁、平成 20 年、参照。

ている。原告は、私法に基づく民事責任はもはや追及できないけれども、理論上は憲章での適切な救済による制裁的および損失補填的な損賠の訴訟は提起できる。

カナダ法では、政府及びその官吏は、立法の範囲内での行動あるいは制定法上の裁量権行使には、ネグリジェンスや責任から保護されている。⁶⁸⁾ マッキン事件以降、限定免責は制定法と関係ない状況にも拡大適用される傾向をみせている。⁶⁹⁾ 最高裁は 1994 年、損賠は RC の主要な救済ではないとした。⁷⁰⁾

アメリカでは官吏の不法行為について憲法に規定がなく、主権免責の原則が根底にあるけれども、制定法によって不法行為が認められる場合がある。ただ判事や検察官などの法令上の行為には絶対免責 (absolute immunity)、その他の官吏にも限定免責が認められている。⁷¹⁾ ピルキントンは、憲章制定直後、これを横目でにらみながら、カナダの司法権は RC によって違憲な状態を正す救済を展開させる、より広い裁量を持っていて、一元的な司法制度であるため連邦制に配慮することなく、政府幹部についても憲章は実効されるのであって、より広い管轄権を持つとした。⁷²⁾

68) CHARLES, *supra* note 28 at 56.

69) *Id.* at 64.

70) RJR-MacDonald Inc. v. Canada(AG), [1994] 1 S.C.R. 311. この判例はそれまで明確にされなかった RC の救済での損賠の要件をはじめて明確にしたものでもある。この事件はたばこの広告を規制した立法が連邦権限の越権であり、また表現の自由 (憲章 2 条) 違反だと訴えたもので、後者については違憲と判断した。

71) 富井幸雄「アメリカ大統領の法的責任と弾劾—執行権の長のアカウントビリティ」法学新報 125 巻 7・8 号 27 頁、35-36 頁、2018 年、参照。

72) Pilkington, *supra* note 8 at 529. この論文は RC による損賠の指導的論稿となっているといえる。それは、RC は判事が適切と考える限り救済を創出できるとした規定だと主張する。アメリカでは絶対免責が認められる検察官の公訴権行使について、カナダは検察官の害意が問題となった事件で検察官に絶対免責は認められないとした。「検察官に絶対免責を認めることは個人の権利を覆すことに匹敵する。絶対免責は私的訴権を否定するのみならず、さらに (RC—筆者) に基づく救済を求めるのに効果的な障害をもたらすようにみえるのだ」。Nelles v. Ontario, [1989] 2 S.C.R. 170, at 195 (Lamer, J.).

損賠はコモンローで認められたものだから、コモンローが支配するのであって、法的権利の侵害にはコモンローに基づいて損賠が認められる。憲章の損賠はいわば公法であるけれども、私法の不法行為法がアナロジーされてよいのであって、故意や過失といったそこでの法概念が基本的には適用されてよからう。⁷³⁾ 憲章違反で損賠が認められるのは、①被害者に広義の苦痛の現実的損害やトラウマがない②被告の行為が不法行為でも悪行 (egregious) とも考えられない、場合であって、③被告を制裁する必要がないのに限定されるなら自動的に損賠となるのはごく限られたものになろう。⁷⁴⁾ ただ憲章上の人権はコモンローでの私法上の権利とは異なる面もあり、それが RC で損賠を認めるかの判断に肯定的 (コモンローで認められていなくても RC では認められるケース) にも否定的にも作用している。RC は直接には政府の行為に向けられるから、政府がその権限の濫用もしくは悪意で、過失があって行動していて、行為時に憲法上の義務を悪意にもしくは無視して懈怠したとの確証がなければならない。⁷⁵⁾

(2) Ward 事件

RC での損賠 (damage) の法理を確立したのが、Ward 事件である。⁷⁶⁾ バンクーバーのチャイナタウンのオープニング・セレモニーにクレチエン首相 (当時) が来るのにあたり、警察は彼にパイを投げつける男がいるとの情報をつか

73) Ken Cooper-Stephenson, *Tort Theory for the Charter Damages Remedy*, 52 SASK. L. REV. 1 (1988). わが国でも国家賠償法について民法の不法行為とのアナロジーには議論の変化がある。中尾裕人「国家賠償法 1 条 1 項の違法性 (一) (二) —法制定過程における理解の受容と変化」自治研究 94 巻 5 号 112 頁、6 号 119 頁、2018 年。

74) CHARLES, *supra* note 28 at 72. 1984 年から 2010 年まで RC に基づく損賠が認められたのは 2 件のみであった。Id. at 75. 「事例に即した適切な」の RC の規定の仕方では、通常の賠償はさほど起こらないようにみえる。Id. コモンローの損賠原理は絶対的モデルというよりガイドとなるものとの認識であろう。Id. at 75-76.

75) [2002] 1 S.C.R., at 443-444. このマッキン事件では、被告政府がそうであったとの証拠が提示されていないとして、損賠を認めなかった。

76) Vancouver v. Ward, [2010] 2 S.C.R. 28. 本判決には少数意見はなく、マクラックラン首席判事が法廷意見を書いている。本項で引用パラグラフを括弧内でしめす。

んだ。このイベントに来ていた弁護士の Ward がこの情報にマッチしていることで捕り物となり、警察は平穏を犯したとして彼を逮捕し、また裸にして身体を、さらに彼の車も搜索したが、誤りであったことが判明したので釈放した。Ward は、これが憲章 8 条（「何人も不合理な搜索又は押収をうけない権利を有する」）に反するとして、RC に基づいて損賠を請求した。

RC に基づく損賠はいつ利用できるかが問題となる。RC の文言は、ドゥセ - ブドゥロ判決の解釈を踏襲して、RC は憲章違反による損害を包含しうるほど広範であって、損賠は RC の救済の一つであるとしたうえで (21)、私法上の損賠ではなく憲法上の損賠という固有の救済であることに留意すべきだとした (22)。その第 1 段階は、憲章違反が立証されなければならない (23)。第 2 段階は、損賠が有益な機能や目的に資する、つまり憲章の一般目的を高めるものでなければならない (24、25)。それは、個人の憲章上の権利侵害は救済されるべしとの補填 (compensation) と、憲章上の権利は維持されなければならないとの権利の正当性 (vindication) と、以後同種の違反は予防されるとの抑止 (deterrence) である (25-30)。RC での損賠はユニークな公法上の救済であって、憲章違反による損害を補填し、違反の重篤性を強調することで権利を保全し、将来の違反を防御する目的に仕え、これらのうちの 1 つ以上を満たすことが RC の「状況に即した適切な」損賠となる (31)。そのうえで第 3 段階は、損賠以外の他の救済が適切であるなら、また善良な統治 (good governance) のためなら、損賠は適切ではないことを確認する (33、34)。原告が上記の目的の該当性を立証しなければならないが、かかる目的は損賠でない他の救済で達成しうることを、政府が立証しなければならない (35)。原告が損害を被っていないければ、憲章違反の宣言だけで救済が満たされる (37)。善良で効果的な統治には、典型的には損賠で政府の行為に委縮効果をもたらすことが懸念され、深刻度の低いかぎりで損賠を認めるのは効果的な統治に干渉することになる (38、39)。これをパスすれば第 4 段階、つまり損賠の算定 (quantum) となる。先の 3 つの目的のうち損失補填が基本となるのが通例で、それは違反行為がなければ原告の元の地位を回復することである (restitutio in integrum (原

状回復)は経済的損失に適用(49))けれども、本件は補充の目的、つまり権利実効と抑止が関心となる(46-48)。本件で原告の損害は金銭的ではないから不法行為法は指針とならず、違反の重篤度が基準となる(50、52)。

私法での損賠が原告被告、双方にとってフェアであるように、RCでの損賠も原告と国家、双方にフェアでなければならず、そのために裁判所は善い統治での公益、政府が有益な新政策に取り組むのを妨げる危険、公的プログラムから私益へ相当の公金を変換させるのを避ける必要性、を斟酌することとなる(53)。公的損賠は現実には制裁の要素を含んでおり、その算定は損失補填、権利実効、将来の違反の抑止の目的に機能的に仕えるものであって、個別の事例に即して、憲章違反が原告と国の行為にどのような重篤な影響をもたらすかを見なければならない(56、57)。RCでの訴えの前に私法上の救済が尽きていなければならないわけではない(59)。

なお、本件で損賠を認めたのは州裁判所である。これがRCの定める権限ある裁判所であるとしたうえで、「一般にRCでの損賠を認める適切なフォーラムは憲章の問題を考慮する権限を持ち、制定法又は固有の管轄権によって損賠を下す権限を持っている裁判所である。州の刑事裁判所はそうように権限づけられておらず、したがってRCでの損賠を下す権限をもたない」(58)と判示している。

本件へあてはめる。まず身体検査について、憲章8条の権利に違反していること、および政府が損賠は不適切との立証をしていないことを認定し、そのうえで、担当警察官個人の意識が低いのが原因であって国家に対するダメージは大きくないから、緩和された(moderate)損賠でよいとして、5000ドルが適切であるとした(61-73)。自動車の押収には機能的アプローチはみたさないとした。搜索はされておらずWardに実損はなく、警察官は違法に自動車を搜索したのではなく、レッカー移動させようとしたにすぎず、深刻な性格はないから、市に100ドルの損賠が相当であるとした(74-78)。

RCでの損賠の困難さは賠償額の算定(quantum)である。本件は、違反の重篤性と補填目的に有意に対応していて、憲章の価値を高め将来の違反を抑止

する (54) との原理を掲げる。そして、非金銭的損害には conventional rate (正当価格) で、個人にも国家にも公平でなければならず、公金で私益を大幅に利することがあってはならないとし、また懲罰的損賠 (punitive damage) には慎重でなければならなかった (53、56)。コモンローの損賠の枠組みを利用しているけれども、憲章上の人権侵害の損賠はそれとは異なる面があることが強調される。

Ward 判決は原告の主観的要件や違法性、限定責任、制裁的損賠や救済の共存、不法行為法と RC の損賠の関係など、不明な点もあるけれども、RC の損賠の法を以下の点で明確にしたと評される。⁷⁷⁾①損賠は個人ではなく国家に対して求められる。なぜならば代位責任ではなく自己責任だからである②当然に損賠が認められるとの考えは暗に否定される③一般的な賠償、特に非金銭的非物理的 (intangible) 損失に対しては認められ難い④主観的な過失は絶対条件ではない⑤絶対免責は制定法や制定法上の権限を含まない状況には適用されない⑥制裁的損賠は被告への制裁の意図を反映する、または一般的な防止を提供するための独立した損賠としては認められない⑦ SC と RC の救済の併存は稀である⑧州刑事裁判所は権限ある裁判所ではなく、RC の損賠の管轄権はない⑨不法行為の訴えと共存できるけれども、その時は不法行為を先に考える。不法行為で損賠が認められれば、憲章の審査はしなくてよいからである。

(3) Ward 以降の展開

では Ward 判決以降は RC による損賠が増えたのかといえ、そうではない。損賠の訴えは増加しているも認められたケースは 9% であり、Ward 以前が 35% であったことからみれば、減少している。⁷⁸⁾チャールズは RC での損賠の実効性は使用の頻度、勝訴率、損賠額の総額で測りうるとしたうえで、憲章制定からこれまで 30 数年間、憲章の損賠は憲章訴訟と憲章の権利の実効にささ

77) CHARLES, *supra* note 28 at 97-98.

78) *Id.* at 103. 現段階で Ward がいかような意義や影響を持ったかを総括するのは尚早だとする。*Id.* at 121.

やかにしか影響を持たなかったとしている。⁷⁹⁾

RC 自体が司法の救済裁量を広く認めるのであるから、RC での損賠を否定する根拠はない。⁸⁰⁾判例では必ずしも多く認められていないのは、具体的に事案に即して損賠という救済がなじむかどうかの裁判所の判断の問題であって、裁判所の態度として積極か消極かではなかろう。したがってこの司法裁量を客観化する意味でも、RC に基づく損賠がなじむのはいかなる事例か、要件を詰めていくことが憲法学となろう。憲章での損賠は権利侵害に意義ある応答を提供するとともに、漸進的に発展する (develop incrementally) のを認める、変遷していく法領域でもある。⁸¹⁾

その際、次の4つが論点となる。⁸²⁾①憲法が保障している目的は何か②この保障の侵害を正す他の救済は何か、原告の権利を擁護し、正当な政府の政策の履行に反比例して干渉することなく同様の違憲の行為を抑止する効果的手段は用意されているか、弁償はだれがするかを考慮しながら、より効果的に損賠という救済がこれらの目的を達成するか、③被告の行為は損賠を課するのに十分悪質 (egregious) だったか、④原告は補填されるべき結果的損害を蒙ったか。

2015 年のヘンリー事件は、Ward 以降で RC に基づく損賠が訴えられたケースである。⁸³⁾原告は 1983 年の性犯罪で 27 年間服役していたが、当時の公判で州政府が適切な資料等を提出しなかったとして、2010 年 10 月、BC 州控訴裁判所が全罪責について無罪としたのを受けて、州政府や連邦政府の法務長官などに対して、公訴が憲章 11 条 d に反するとして損賠の民事訴訟を提起した。

79) *Id.* at 123-128. 統計の対象は、公判の中断、多様な司法命令、憲章違反の宣言、訴訟費用の支払い、損賠の5つで、1984年から2007年にかけて、損賠が一番頻度が低く、訴訟中断が最高であった。なお憲章 24 条の救済で最も利用されているのは、同条 2 項の証拠の排除である。

80) Pilkington, *supra* note 8 at 531.

81) [2010] 2 S.C.R. 28, at para 21.

82) Pilkington, *supra* note 8 at 541.

83) *Henry v. B.C. (A.G.)*, [2015] 2 S.C.R. 214. 本文のこの段落および注 84) と 85) での括弧内の数字は引用頁を示す。

RC に基づいて、害意の証拠がなくとも公訴のミスコンダクトに国家賠償を認めることができるかが憲法問題である (234)。判決はこれを肯定する (Moldaver 判事法廷意見。Abella, Wagner, Gascon 判事、同調)。「原告が憲章の損賠を、政府が開示しなかったことで自己の憲章上の権利が侵害されているとの主張に基づいて求めているところでは、害意の立証は要求されない。そのかわり、その憲法上の義務に違反して政府が、当該情報が刑事被告人にとって重要であり、これを開示しないことが十分な防御と回答をなす被告人の能力に影響を与える可能性が高いと知っているとき、情報を意図的に開示しないことによって刑事被告人に損害を与えていることに、訴えの利益がある」(234. 下線筆者)。⁸⁴⁾これが本件損賠訴訟の要件の問題であり、Ward の定式で判断される。Ward の第 1 段階では政府の義務違反＝憲章違反が問題となるところ、Ward ではその具体的なテストは明らかでなかったものの、この立証は厳格困難なものではなく合理性の判断だとして、政府が当該情報を持っていて開示しなかったことと、当該情報の重要性 (重要性の判断は合理的な検察官であれば認識できることが基準となる) を政府が知っていたことでたりとした (258-259)。⁸⁵⁾害意は私法で発展したもので、憲章での損賠責任はそれとは区別される。しかし、モンローの免責法理が完全に捨て去られるわけではなく、害意の基準は悪意のある起訴という不法行為に根差したものであって、公法か私法かは無関係であり、裁量が認められるかどうかなのである。起訴は裁量であるけれども開示はそうではない (245-248)。「害意もプロセスの濫用も、ともに核となる公訴機能を司法による精査から独立させるのに意図的に選ばれた最高度の入り口要件 (thresholds) を示す。これとは逆に、開示決定は公訴裁量の核となる一部で

84) マクラックランとカラカツァニス (Karakatsanis) の補足意見は、多数意見がそうした要件を課すこと自体誤りで、原告が政府の重要情報開示の義務を主張し、Ward の要件を満たせば事足りるとする (265, 280)。

85) CHARLES, *supra* note 28 at 114. 意図と、現実ないし転嫁された知悉は、配慮パラダイムの義務に根づいた純粋に客観的な「合理性」あるいは「印された逸脱 (marked departure)」に抜きんでる (259)。マクラックランらは、憲章 7 条の権利を侵害したという事実のみで第 1 段階のテストはクリアーするとする (268)。

はない」(248)。

「害意の立証は、本件において州政府に対する憲章上の損賠の訴えの利益をみたすのに必要とされない」(264)として、公判における重要情報の非開示の事例に限定していることに留意したい。補足意見も含めて政府・検察官は被告にとって重要な事実を開示する憲法上の義務があることは明確にした(246、280)。⁸⁶⁾判決は、「開示は刑事訴追における政府の根本的な義務の一つである。政府は被告に関係する情報を開示するよう義務付けられ、この義務は継続している」(251)とする。したがって、カナダ人は政府がきちんと開示義務を履行するのを正当に期待できる(251)。

RCでの救済で損賠が有効であるのは認める一方で、それは「万全の解決策(silver bullet)」ではない(236)としている。ヘンリー事件は損賠の入り口のハードルを下げさせたようにみえるけれども、刑事裁判で検察が重要な情報を開示しなかった稀なケースであり、こうした重大な瑕疵がある裁判で27年間も拘束された重篤な損害があるわけで、これをRCで救えないとするのは考えにくい。その意味でヘンリー事件がRCと損賠の展開にどれだけ意義があるかは消極にならざるをえない。⁸⁷⁾ただ必ずしも多くないRCの損賠の事例で憲章の権利と救済の充実がまっとうされた例であり、検察とか公訴とかいった、アメリカでは絶対免責が妥当する領域でこうしたきめ細かい、司法の救済裁量が機能したのは興味深い。RCの損賠ではWardのテストが維持され、将来の展望が開けたのは確かであろう。⁸⁸⁾

86) CHARLES, *supra* note 28 at 115. ただマクラックランの方がより厳格である。*Id.* モルデイパー (Moldaver) は、「開示は憲章7条と11条dで保障されたように、十分な解答と防御をなす被告人の権利に符合するよう政府に適切に課されなければならない憲法上の義務である」とする。[2015] 2 S.C.R. 214, at 246. マクラックランは、「関連する証拠を開示する政府の法的義務は起訴裁量に関連せず、…この義務は裁量作用ではなく法的義務である」。*Id.* at 274.

87) CHARLES, *supra* note 28 at 120.

88) 刑事捜査などで特定の人種に対する差別的取り扱いを正す道具として、RCの損賠の可能性が議論されている。Gabriella Jamieson, *Using Section 24(1) Charter*

2 インジャンクション

(1) RC とインジャンクション

憲章が制定された 1982 年前後は、アメリカで公共訴訟論が展開された時期と重なる。それは司法過程を伝統的なコモンローの個人間の紛争解決ではなく、いわばフォーラムとして積極的に制度や政策の改革を推進させていく機能を認識するもので、そこではインジャンクションが主な救済となる。シャープは憲章制定間もないころ、憲章訴訟で救済が重要となりアメリカの展開をカナダも熟考すべきとし、インジャンクション、特に構造的、制度的インジャンクションを巧妙に使用することは憲法の要請だと指摘している。⁸⁹⁾

カナダでのこうした認識にはアメリカの O・フィスの「司法の様式 (form of justice)」の影響が少なくないように思われる。⁹⁰⁾ その議論は以下のようである。構造的インジャンクションや制度改革訴訟は司法の概念から正当化され、アメリカで 60 年代以降のこうした流れは変革プロセスに入っているとすると、そもそも裁判とは判事がわれわれの公的価値に意味を与える社会プロセスで、立憲機構の運営の憲法的価値に意味を与えようとするプロセスなのであって (2、12、17)、それ自体の機能は変わっておらず、様式が変遷したのだとする (36)。そこではインジャンクションが改革的な伝達をなす。制度改革訴訟は

Damages to Remedy Racial Discrimination in the Criminal Justice System, 22 APPEAL 71 (2017).

89) Robert J. Sharpe, *Injunctions and the Charter*, 22 OSGOODE HALL L.J. 473 (1984). See also, W.A. Bogart, "Appropriate and Just": Section 24 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Question of Judicial Legitimacy, 10 DALHOUSIE L.J. 81 (1986). アメリカ型のインジャンクションがカナダでも正当化しうることを主張する。

90) See, e. g., Nora Gillespie, *Charter Remedies: The Structural Injunction*, 11 ADVOCATES' Q. 190, 191-192 (1989-1990). Owen M. Fiss, *Forward: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1 (1979). 以下本文のこのパラグラフでは括弧内に引用頁を記す。

裁判所に最後の答えを出させるのではなく、何をすべきかを裁判官に語らせるのであり、われわれの公的価値に意味を与える裁判官の努力なのである (15-17)。裁判所の機能は伝統的なコモンローの紛争解決ではなく、公的規範の創造と執行で、それ自体現代の憲法訴訟に黙示された司法機能であり、コモンローと実は同じなのである。変わったのは争点であり、社会的設定であり、そして、裁判の様式 (form) に変化が生じたのであって、機能ではない (36-38)。民主的政治制度は人民の同意に基づかねばならないが、すべての機関がそうでなければならぬわけではなく (「同意は制度に行くのであって個別の機関にではない」)、機関の正当性はその能力 (competence)、社会生活の質にそれがなしうる特別の貢献にある (38)。「裁判の機能は公的価値に意味を与えることであって、単に紛争を解決するのではない。制度改革はこの機能に忠実である」 (44)。司法救済は、何が権利なのかを単に宣言するよりも、憲法的価値にわかりやすい (tangible)、血の通った (full blooded) 意味を与えようとする判事の要望を表現する (46)。救済の形態はもっぱら違法をどう定義するかで決まる (48)。救済は脅かされた憲法的価値を保護する限定目的によって決められるが、現実を選択された救済はその目的を達成するいくつかの方法のうちの1つであり、干渉を引き起こす憲法的価値の直接かつ明確な方法に基づかない考量を内包するものであって、結局は、救済は公平と戦略を考慮して形成される (50)。権利と救済は連結して公的価値の意味を形成するのであって、抽象的である権利から現実の世界に実践的な公的価値を裁判所が与える努力が救済であり、それは単なる権利の確認や宣言よりも特定の具体的な強制的である (52)。救済は公的価値の意味に必須の部分なのである (55)。

憲法上のインジャンクション (constitutional injunctions) のアメリカでの展開はカナダには教育的で、アメリカのように学校の統合や刑務所の待遇で改革の訴訟が提起されることはないけれども、カナダは公的制度に複雑な改革を要求する命令をなすには司法の自己抑制の必要性に過剰にこだわるきらいがある。⁹¹⁾

91) SHARPE AND ROACH, *supra* note 33 at 436.

そうした命令を出すときは、これが履行されているかをチェックするアフターケアも司法に要求される。RC で出されるインジャンクションは、明確で実効可能でなければならない。⁹²⁾

アメリカがインジャンクションをはじめ救済の法を憲法に明文化していないのに対して、カナダは、包括的に救済権を明文化している。⁹³⁾なるほど、インジャンクションの文言はないけれども、RC のオリジンともいうべき 1978 年に提案された法案 (Bill C-60) の 24 条には、「ほかに救済が利用できない、あるいは法によって規定されていない場合、個人は、カナダの管轄権のある裁判所に適用されうる手続に従って、この憲章によって宣言された個人の権利と自由を明確にさせあるいは実効させるように、それが、状況が要求するところに応じて、裁判所による宣言もしくは同様の救済のインジャンクションの手段で当該個人に適用されるように、裁判所に要求することができる。」とあった。⁹⁴⁾

伝統的に国王は、宣言的判決を順守するから、インジャンクションを免責されていると解されている。RC は、政府の行為が違憲で憲章上の人権を侵害しているときは、政府が憲法に服しているのを確保すべく適切な救済を講じうるとしたのであり、政府に対するインジャンクションを認める判例も出現している。⁹⁵⁾ もっとも、先に言及した Little Sisters 事件は、同性愛関係の書籍等を頒

92) *Id.* at 437. 改善命令を出してもそれが履行されないとすれば、司法の権威を失うことになるからである。Gillespie, *supra* note 90 at 220. 同性愛書店にわけつな本を販売していることで関税を課すのは表現の自由や平等に反しているとし、そのインジャンクションを求めた事件で、裁判所は一般的インジャンクションを出したとしても関税官吏がどのように履行していくかの情報がないとして認めず、宣言判決にとどめている。Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada, [2007] 1 S.C.R. 38.

93) Gillespie, *supra* note 90 at 198. アメリカの展開をカナダは踏襲してはいけなとのルールもないとする。*Id.* at 200.

94) *Id.* at 198-199. 1979 年の州首相憲法会議でインジャンクションなどの文言が消え、「状況に応じて適切な」といった簡素な表現になり、最終段階で、個人が「何人も」に変えられ、「ほかに救済が利用できないあるいは法によって規定されていない場合」の宣言が削除された。

95) LOKAN AND DASSIOS, *supra* note 9 at ¶ 6-26. 国王訴追法 22 条 1 項 (Crown Liability

布、販売している Little Sisters 書店がその多くをアメリカから輸入しているところ、わいせつ物の輸入を禁じている法に抵触しているとして刑事処分されたのに対して、この法が表現の自由などを侵害していると訴えた事件で、SC に基づく法令違憲は認められなかったものの、RC に基づく宣言的救済は認められた。一般的なインジャンクションが求められていたが、人権侵害の回復にどのようなステップをとるかは政府の柔軟な裁量に委ねるのが現実的であるとして、否定している。⁹⁶⁾ ドウセ - ブドウロ事件は、インジャンクションは RC によって付与された救済権の核だとしている。⁹⁷⁾

(2) インジャンクションの種類

エクィティとしてインジャンクションが認められるには、損賠など他の適切な救済がないとの補充性の要件がある。インジャンクションは裁判所の判決に特定されたやり方で行為するように訴訟当事者に求める命令で、一般には権利を侵害している当事者にそれをやめさせる消極的な救済であるけれども、積極的に当事者に何らかの行為をするよう求める命令もある。⁹⁸⁾ 構造的インジャンクションはアメリカの展開が示すように、憲法上の権利の履行のために政府機

and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s.22 (1)) は、国王に特定に行為をなすような命令やインジャンクションを裁判所が発するのを禁じている。Id. n.100.

96) [2000] 2 S.C.R. 1120, at 1204-1205 (Binnie, J., delivering). イacobucci (Iacobucci) は反対意見で、当該立法が憲章 1 条でも合憲とはしえず違憲であるとしたうえで、救済について宣言では救済の可能性は薄いとして、組織的欠陥を認めて、司法の監視の下で 18 か月間以内に改善せよとの命令がふさわしいとしている。Id. at 1250-1265.

97) [2003] 3 S.C.R. 3, at para 70. 憲法上懸念があるとの反対意見 (Lebel, Deschamps 判事) を受けて、RC で「裁判所がインジャンクションを出しうるのは明らかである。…裁判所は権利が実効されるのを確認させるために行動するのであって、単に宣言するためにはではない。裁判所の命令に従わない場合の裁判所侮辱の手続はもちろん、債権差押のような強制措置、押収令状や売買など、すべては裁判所の勝手知ったるところである」とする。Id.

98) SHARPE AND ROACH, *supra* note 33 at 435. さらに、裁判所の継続的な監督や関与を求めるインジャンクションが憲章では生じうる。Id. at 436.

関に相当な改革を課す、包括的で時として詳細な特定がなされた司法命令であり、履行確保のために司法による継続的な監視を裁判官に課す。⁹⁹⁾ 集団の権利を違憲な制度に合体させようとする救済で、権利と救済の両方を画定し制度を再定義するもので、裁判所が一連の命令を出してこの履行を監視する。¹⁰⁰⁾

この構造的インジャンクションが権力分立の観点から問題視されるのに対し、暫定的差止命令 (interlocutory injunction) は本案審理の全裁判を停止させる命令で、そうした議論はなされない。これは当事者の権利が裁判所によって最終的に確定されるまで一定の特定の行為がなされないことを確保させる命令で、非常かつ裁量的な救済で、これを下すのに裁判所は以下の 3 段階のテストを踏む。¹⁰¹⁾ ①原告は裁判されるべき明白で重篤な争点を示したか、②原告に回復しがたい損害の危険があるか、③便益のバランスが原告にあるか、である。違憲のかどで事実審を完全に停止させ、立法の中断や暫定的延期を含み、最高裁はそのテストを示している。¹⁰²⁾ 第 1 に、訴えている者が深刻な憲章違反を立証していなければならない。第 2 に、事前に裁判での救済が認められないと、回復しがたい損害 (irreparable harm) の危険があることを立証しなければならない。第 3 に、困難な問題であるけれども、公益なども勘案して現実のバランスから救済を認めるのが優越するとの要件がある。回復しがたい損害の発生は補充性の要件ともいえるもので、他の救済が適切でないとするものである。コモンローによる救済が適切ならエクィティは認めないとの原理の表明にほかならない。¹⁰³⁾

アメリカでは、回復しがたい損害を裁判所が認定するには、憲法上の権利を侵害しているとの主張が成功する可能性を原告は立証していなければならない。¹⁰⁴⁾

99) LOKAN AND DASSIOS, *supra* note 9 at ¶6-28. アメリカでの起源と展開について、*Id.* at ¶6-29, 30, 31, 32.

100) Gillespie, *supra* note 90 at 190.

101) DAPHNE A. DUKELOW, *THE DICTIONARY OF CANADIAN LAW* 654 (3rd ed. 2004).

102) SHARPE AND ROACH, *supra* note 33 at 440.

103) Paul M. Perell, *The Interlocutory Injunction and Irreparable Harm*, 68 CAN. BAR. REV. 538 (1989).

104) KIRSTIN STOLL-DEBELL, NANCY L. DEMPSEY AND BRADFORD E. DEMPSEY, *INJUNCTIVE RELIEF*

アメリカでは修正第 1 条とか第 8 条、第 14 条などといった個人の権利に関する憲法上の訴えの利益は、実体審理での成功の可能性が立証されれば、回復しがたい損害の立証を推定させる。¹⁰⁵⁾

(3) 制度的インジャンクションとしてのドゥセ-ブドウロ事件

2003 年のドゥセ-ブドウロ事件は、アメリカの公共訴訟を思わせるような、監督的命令あるいは構造的インジャンクションを事実審判所が出す権能を最高裁が認めた事例で、¹⁰⁶⁾ マクラックラン・コートにあって監督的救済 (supervisory remedies) をクラフトしたものである。¹⁰⁷⁾ ノバ・スコシアのフランス系住民の親が公立学校でフランス語教育の施設やプログラムが不十分であるのは憲章 23 条 (少数言語の教育権の保障) に反しており、州 (教育は州の責務) はその環境を形成する努力の情報を開示するよう求めた事件で、事実審である州最高裁がかかる命令は RC で認められておるとして、5 つの地域にフランス語施設を建設する進展状況を裁判所に報告することなどの命令を発した (事実審の命令を管轄権ありとして認めた)。

これが認められるかが上告の争点となった。法廷意見 (マクラックラン、ゴンティエ、イアコブッチ、バストラッシュ、アーバー) は、RC では人権と同

6 (2009).

105) *Id.* at 126. もっとも、権利侵害がそのままインジャンクションの認定になるのではなく、金銭的損賠で救済されるならインジャンクションは適切ではない。*Id.* at 127.

106) *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3. 本項の以下の本文の括弧内の数字はこのパラグラフ番号である。

107) Marilyn L. Pilkington, *Enforcing the Charter: The Supervisory Role of Superior Courts and the Responsibility of Legislatures for Remedial System*, 25 SUP. CT. L. REV. (2d) 77 (2004). この論稿はまた、ドゥセ-ブドウロが救済管轄権のある裁判所や審判所を拡大させる解釈を RC でとることで、憲章判断をなしうるそうした裁判所を広く認めていく方向を打ち出したとする。*Id.* at 99. 損賠では適切に補填されない、権利侵害による損害から、原告を保護するのが目的とされる。*American Cyanamid Co. v. Ethics Ltd.*, [1975] A.C. 396.

じように救済も寛大に考えなくてはならないとし、判例 (R. v. 974649 Ontario Inc., [2001] 3 S.C.R.575) を踏襲して、救済への合目的的アプローチとは「権利あるところに救済あり (ubi jus, ibi remedium)」を実行させるもので、とくに、保護されている権利の目的が促進されるために裁判所は応答的 (responsive) に RC の目的が促進されるよう、効果的な (effective) 救済をクラフトしなければならないとした (24-25)。憲章 23 条の少数言語教育権は過去の反省に基づいて、権力がその保障の努力をしないのを警戒する法である。権力分立上裁判所には限界があるけれども、それは一筋縄ではいかないものであり、問題となっている権利や事件のコンテキストで変わりうる (36)。いかなる救済が RC のいう「正当かつ状況に適合している」かは、以下の 4 点を考量しなければならない。第 1 に、訴えられた状況と権利の性質を斟酌して、原告の憲章上の権利を擁護するものでなければならない (55)。第 2 に、われわれの立憲民主主義のフレームワーク内で正当化できるものでなければならず、いやしくも訴訟をはなれて紛争を解決するというような、裁判所のわきまを不当あるいは不必要に欠くものであってはならない (56)。3 権がきっちり分かれているというのではなく、行政権に主に割り当てられている機能に触れるような救済も適切なのであり、裁判所は RC での救済を考えるのに、こうした救済を認めて紛争を解決する役割から、不当あるいは不必要にそれではいけない (56)。第 3 に、一般に分担され、手続や先例で発展してきた裁判所の機能や権限に基づくものでなければならない (57)。第 4 に、救済命令の相手方に公平でなければならない、権利保全に無関係な困難を課してはならない (58)。RC は、「憲章で公式にされた (enshrined) 根本的自由と権利の擁護のための憲法上のスキームの一部である。そして、事件で果たす多様な役割と広範な用語のために、そうした事件の状況や訴えを満たすために変転することが認められなければならない。この変転は、伝統的歴史的な救済の実務に比べれば、歴史や伝統は正当で適切な救済の合理的で一義的な概念が要求するものの障害にはなりえないのだから、新規で創造的な特徴 (features) を必要とするものである。要するに、司法の救済へのアプローチは与えられた事件の必要性に応じて柔軟でなけ

ればならない」(59)。RC は裁判所に憲章上の権利を十全に保護する効果的で応答的な救済を発するのを要求しており、本件の憲章 23 条の実効には新規の救済が必要で、上級裁判所が状況に応じて適切と考えた救済をクラフトできるとした (87)。

これに対して反対意見（メジャー、ビニー、ルベル、デシャン判事）は、憲章上の救済は制定法やコモンローには制約されないけれども、憲法上の限界による根本法原理に拘束されるのであって、立法草案の鉄則、手続的公平の根本的重要性、われわれの民主主義制度での司法の役割の本質の適切な認識を忘れてはならないとし (91)、そうした役割を超えるのは権力分立に反するし (105-112)、管轄権を超えて行動するのは *functus officio*（権限消滅）原理に反するとして (113 - 117)、本件救済命令を否定する (145)。すなわち、判事が継続的報告義務を課すのは実質的に行政監督 (*administrative supervision*) であり、権力分立原理に反し、憲法はどの部分も齟齬なきよう解釈されるべきであるのだから、この命令は RC に反することになる (125)。報告に関してそのための聴聞 (*hearing*) をもうけるなんぞは、予審判事が執行権に政治的プレッシャーをかける、もしくはそうみえることになる (131)。RC の救済では事前の見積もり (*ex ante*) で権力分立に反しないように留意し (141)、本件では適切な救済は難しいけれども、裁判所侮辱 (*contempt order*) をともなった、建設の締め切り日を設定する救済が効果的であるとする (143)。

かくして、5 対 4 で判事の継続的監視付きのインジャンクションが認められる。この僅差が示しているように、かかる救済が憲章の枠組みで認められるのかには根本的な対立がある。¹⁰⁸⁾ この解消は、司法の憲法審査機関としての役割、特に 1982 年憲法が明確にした司法による憲章上の人権の究極の実効の一方で、司法の政治化への懸念や立法その他政府、政治機関への配慮、敬讓 (*deference*) の問題も絡み、司法積極主義（アメリカ化）への警戒なども巻き込んで、

108) ローチは、こうした監督的救済は、救済の決定に透明性と公平さと手続的価値をもたらすのであって、行政権の篡奪にはならないとする。KENT ROACH, *THE SUPREME COURT ON TRIAL: JUDICIAL ACTIVISM OR DEMOCRATIC DIALOGUE* 377 (2001)。

一筋縄ではいかないのである。¹⁰⁹⁾

アメリカへの憧憬はある。なるほどカナダには、アメリカで制度改革的インジャンクションが創出された人種分離学校や刑務所の処遇などの問題はほとんどなく、そうした救済を考案される状況にはないかもしれない。しかし、憲章の権利侵害は繰り返されてはならず、確実に補填されなくてはならない。とすれば、監督的意義をもったインジャンクションは積極的に志向されてよいとの主張も出てくる。¹¹⁰⁾

3 刑事訴訟での救済：訴訟の中断命令 (stay of proceedings)

憲章は「法的権利 (Legal Rights)」として刑事手続での人権を保障した (7 条から 14 条)。したがって刑事司法プロセスでこれらの権利を侵害した場合は、RC と 24 条 2 項に基づく具体的な救済が司法によって下されうる。¹¹¹⁾ それらに

109) アメリカでは最高裁はその訴訟任務、つまり法の解釈と権利の確定で憲法を執行 (やりすぎとやりなさすぎの両方を含む) する機関となっているとの分析がある。Harold J. Kent, *The Supreme Court as an Enforcement Agency*, 55 WASH. & LEE L. REV. 1149 (1998).

110) Kent Roach and Geoff Budlender, *Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction*, 122 S. AFR. L.J. 325, 325 (2005). 命令的救済は政府に裁判所への報告を義務付け、その不履行は裁判所侮辱とされる。Id. at 349-350. なお、南アフリカ憲法裁判所は 2005 年にアメリカやインド、ドイツ、カナダ、英国の法を参照したうえで、以下のような判例を打ち立てた。「社会経済的権利を含むいかなる権利の違反がなされたところでは、裁判所は効果的な救済が認められるのを確保する義務のもとにある。侵奪された権利や侵奪の性質は、個別の事例で適切な救済に関する指針を提供するものである。必要な場合には、それは職務執行命令 (mandamus) の発給と監督的管轄権の行為の両方を含むうる」。SHARPE AND ROACH, *supra* note 33 at 439 n.52.

111) かかる法的権利は刑事被告人や被疑者の保護を目的としており、憲章訴訟の中心をなす。1 つには憲章訴訟の節約であり、1 つは刑事被告人はあらゆる手段を使って有利に進めたいために、訴訟の中断や証拠排除などを求めるインセンティブがあるからである。Kent Roach, *Charter Remedies*, in OXFORD HANDBOOK OF THE CANADIAN CONSTITUTION 673, 686-87 (Peter Oliver, Patrick Macklem, and Nathalie Des Rosiers ed. 2018).

は憲章制定以前から制度化されたものも含まれて、公判の中断、証拠排除、刑の軽減、人身保護令状がある。¹¹²⁾

訴訟の中断 (stay) は刑事訴訟では「最強の救済」で、最も劇的であるので、明確な事件についてのみ適用される。¹¹³⁾ これは、国王 (政府) は生産に失敗した情報を違憲に作り出したとして、あらたな予審を命じる命令で、禁止令状 (order of prohibition)、職務執行命令 (mandamus)、その他の救済があり、憲章 7 条によってもかかる命令を得る権利は根拠づけられる。¹¹⁴⁾ 遡及的というより将来的な救済であり、過去の不法を単に補填するのではなく、放っておくと当事者および公に不法を継続させてしまうのを予防する目的を持つ。¹¹⁵⁾ コモンローの救済が憲章での救済となる。公判の中断は濫用による損害が広範囲で加重され、補完的にそして合理的にこの損害を除去できない場合にのみ認められる。憲章制定直後は憲章 11 条 d の迅速な審理を受ける権利侵害の最小限の救済とされていたけれども、事実審判事の裁量を認めるようになっている。¹¹⁶⁾

刑事事件には民事事件や行政事件とは異なる要素がある。日本国憲法では法令にも規定がない中、その人権規定から裁判官が具体的な救済を下している。刑事裁判が不当に長期に遅延したケースで、わが国の最高裁は、憲法 37 条には、「迅速な裁判を受ける被告人の権利が害された」と認められる異常な事態が生じた場合には、これに対処すべき具体的規定がなくても…その審理を打ち切るという非常救済手段がとられるべきことをも認めている趣旨」が読み込めるとして、免訴を言い渡している (高田事件)。¹¹⁷⁾ 法律に規定がなくても「刑事

112) SHARPE AND ROACH, *supra* note 33 at 342-351.

113) 「十分な答えと防御をなす被告人の権利の毀損が救済されない場合、もしくは回復しがたい損害が、告訴が継続されるなら司法制度の保全にもたらされる場合」である。R. v. O'Connor, [1995] 103 CCC (3d) 1, 43 (L'Huereux-Dubé). *See also*, Roach, *supra* note 10 at 522.

114) LOKAN AND DASSIOS, *supra* note 9 at ¶ 6-21.

115) DAPHNE A. DUKELOW, *THE DICTIONARY OF CANADIAN LAW* 1244 (3rd ed. 2004).

116) SHARPE AND ROACH, *supra* note 33 at 344.

117) 最 (大) 判昭和 47 年 12 月 30 日、刑集 26 巻 10 号 631 頁。

事件に特有の権利救済の方法が存在し」、民事や行政が事後措置の方法を考えなければならないという明確な要請は、刑事にはないからともいえる。¹¹⁸⁾ もっとも、この判例は 37 条の権利がこの救済手段を内包しているともいっているのであって、迅速な裁判を受ける憲法上の実体的権利からこの救済を導くことで、裁判所が処分的見地から裁量でかかる救済をほどこしたとの印象を避けている。¹¹⁹⁾

カナダで一般的な刑事裁判での救済は違法証拠の排除である。憲章 24 条 2 項が規定するもので、憲章前は人権を侵害するような違法に収集された証拠でも認められていたのを廃した。警察の違法性が重篤であることが立証されれば証拠を排除するに躊躇ないけれども、警察が善意であれば違憲に収集された証拠でも採用する傾向がある。¹²⁰⁾ RC のあとに来る憲章 24 条 2 項が利用できるので、公判を不公平にする証拠の認容を排除するのに頻繁に使われるわけではないけれども、証拠排除という救済も RC でありうる。¹²¹⁾

RC による救済としての刑事訴訟での訴訟の中断は州裁判所 (provincial court) でなされるものが多く、これで救済の実はあげられるので、損賠までいかない。損賠は州裁判所の刑事訴訟では受け付けられず、別途民事訴訟を提起しなければならないのだ。¹²²⁾

4 宣言的判決

憲章上の権利や義務の存在を確認するだけの救済がある。裁判所は権利や義

118) 井上、前掲 16) 書、111 頁。

119) 同上、116 頁注 13。一方で、免訴の規定である刑事訴訟法 337 条には裁判の遅延を要件とする定めはないけれども、「事案の最も適切実効的な救済方法として免訴を「創造」した」ともされる。高橋、前掲 4) 書、368 頁。

120) SHARPE AND ROACH, *supra* note 33 at 349.

121) LOKAN AND DASSIOS, *supra* note 9 at ¶ 6-21-22. なお 24 条 2 項の証拠排除の救済はこれ以上触れない。

122) [2010] 2 S.C.R. 28, at para 58. CHARLES, *supra* note 28 at 127. 本文 24 頁、参照。

務の確定のみ行い、憲法が要求することをどう履行するかは当事者に委ねるのであり、その指針は下すことにはなろうけれども、確立された法を単に繰り返す宣言をするわけではない。¹²³⁾ インジャンクションより柔軟で、監督的ではなく、他の機関への敬譲があり、好まれるけれども、行政官に信用がなければ、すぐにまた訴訟が起こされる可能性が高く、法順守の継続的な監視が特に必要だと考えられる場合には適切ではない。¹²⁴⁾ ただ、違憲状態を具体的に回復させる処置に利用できる多くの選択肢があるときは、それがどう実行されるかを規定するのは裁判所の役割ではないから、宣言が適切な救済とされる。¹²⁵⁾ 宣言にはインジャンクションと違って裁判所侮辱 (contempt) の適用はなく、であるがゆえに宣言はより包括的で、政府にどのように実行させるかの柔軟性を与える。¹²⁶⁾

ことに制度の改革が絡んでいるようなところでは、専門的政策的見地から多様な選択肢がありうる。そうした判断は行政が適しているので司法の任ではなく、司法がそのプロセスに関与することは望ましくない。¹²⁷⁾ 司法は憲章上の権利の確認や違憲の宣言のみ行ない、その解消の柔軟性を政府に認めるのはよからう。ドゥセ-ブドウロ判決以前は、こうした態度が支配的であったといえる。¹²⁸⁾

123) SHARPE AND ROACH, *supra* note 33 at 432.

124) *Id.* Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice), [2000] 2 S.C.R. 1120 at paras 258-61.

125) Eldridge v. British Columbia (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 624, para 96 (Laforest, J., delivering).

126) SHARPE AND ROACH, *supra* note 33 at 435 宣言は少数言語教育権 (憲章 23 条) での救済に効果的に使用されたとする。 *Id.* at 433. インジャンクションは裁判所侮辱の民事及び刑事の制裁があるから、それだけ強力だということである。STOLL-DE-BELL ET AL., *supra* note 104 at 388.

127) 少数言語 (フランス語) 教育の権利の実現が不十分だとして憲章 23 条違反で訴えられたケースで、その教育の改革は政府の柔軟な政策に委ねられるとして、原告の少数言語教育権が本件で保障されるとの宣言的判決に止めた。Mahe v. Alberta, [1990] 1 S.C.R. 342, 393 (Dickson, C.J.). SHARPE AND ROACH, *supra* note 33 at 433.

128) ディクソンは、憲章 23 条の権利の実現で地方政府が十分な制度環境を整えていないと認めた一方で、同条の具体的実現には裁量的な政府の多様なオプションが

ただそう判断したにもかかわらず原告の満足のいく宣言の履行に至っていない場合、再度提訴されることになり、争訟経済の面からは問題となる。¹²⁹⁾

では、インジャンクションと宣言的救済はいかなる観点から使い分けられるのか。ローチは、なるほどカナダでは宣言的判決を政府は順守し、したがってより侵害的なインジャンクションは不要と考えられるけれども、政府が満足のいく履行をしなかった場合どうするかと問うている。現実には宣言的救済の柔軟な面がうまくいった場合もあれば、いたずらに遅延をもたらす十分な履行に至らなかった場合もあるとする。¹³⁰⁾ カナダの裁判所が制度に影響するインジャンクションに極めて消極的なことは憲章の権利の発展に影響しており、制度改革にかかわるのは個人レヴェルでの訴訟によることにならざるを得ないのであるけれども、そうした訴訟が憲章の人権侵害をもたらす制度にまでメスを入れなければ、人権侵害は繰り返されるとする。¹³¹⁾

5 小括— RC での救済クラフト

一般に裁判所は救済の形成にあたって、コモンローや制定法に羈束される。RC の局面ではそうしたものはなく、広範な司法の裁量が認められる。最高裁

あり、裁判所が必要な基準たるものを課したり干渉したりするのはしづら (loath) なければならないとした。[1990] 1 S.C.R., at 393. 興味深いのは、ディクソンは、憲章 23 条が具体的な立法の枠組みを求める権利ではなく、適切な教育のサービスと権能を受容する権利であって、現状の州法がかかる権利の実現の障害になっているかを判断するのは困難であるとしていることである。Id. at 392.

129) Id. at 434. 宣言が不適切な場合として、憲章上の権利侵害が組織的改善案の結果である場合、行政官自身が信用に値しないと立証された場合、引き続いて訴訟が提起される可能性が高い場合、順守の継続的監視と特別の救済が必要である場合、を挙げる。Id. at 432.

130) Roach, *supra* note 48 at 689-692.

131) Id. at 693. ローチは、アメリカのような刑務所の改善とか学校差別などをめぐる制度的インジャンクションはカナダでは起こりにくいことを示唆している。Id. at 692. See also, Roach, *supra* note 58.

は「どのような救済が憲章の下で利用できるかの問題は、まったくもって (squarely) 司法の専門領域内のことであって、立法府や執行府の闡明に服するものではない」としている。¹³²⁾とはいえ、裁判所は立法機関でも行政機関でもないのであって、憲法を含む法の範囲内で、黙示であってもその羈束を受けながら救済を考えなければならない。

RCで救済をクラフトしていくアプローチは2つあるといえる。1つは憲法上の権利に救済の要素が内包されているととらえることである。これは憲法上の人権を私法上の権利と同視して、憲法訴訟での救済もコモンローの訴訟にアナロジーさせて、人権侵害からその回復のために救済（主に損賠）を導き出せるとの立場である。カナダの議論にはその一面がある一方で、両者の違いも強調されるのはこれまでにみたとおりである。一般に憲法の人権規定は客観的規範の要素をもち、立法は人権規定に反してはならないとの要請は違憲判断基準と考えられる。¹³³⁾

もうひとつは権力分立上、司法に当てられた役割に着目するものである。いわゆるエクイティを重く見て、司法裁判所の創造的活動、言い換えれば制度改革の場としての司法を積極的に肯定していくアプローチである。これには司法積極主義、さらに司法権の限界越えとの激しい批判がありうる。ただ第1のアプローチで権利に係る請求権の要素が内在しているとすれば、司法は法を解釈したにとどまるのであって、積極でもなければ限界越えでもないことになる。

これら2つは少なくとも法として語るにはあまりにも抽象的すぎる。またこれらはわが国も含め現代の司法権と憲法訴訟において世界的に共有されうるといっても、コモンローと大陸法の法文化では司法のとらえ方ひとつとってみても異なるのであって、普遍化は困難であろう。「救済とりわけドラスティック、

132) [2003] 3 S.C.R.3, at para 22.

133) 井上、前掲16) 書、144-147頁。ただこうした憲法上の要請は人権侵害に対する実効的救済も内包していることまで読み込む。同上、112頁。したがって、救済されるべき人権の具体的内容や実効的救済は何かが明らかにされなければならないとする。同上。

あるいは困難な救済は、権利を規定する」。¹³⁴⁾ 実体的権利の内容と救済は一体であり、救済のクラフトが人権の中身を豊かにする。RC は憲章違反の人権侵害に司法裁判所が適切な救済を形成する広範な裁量を認めた。ただそこには原理や限界がなくてはならない。それは何かを明らかにすることが憲法学の責務である。

RC は憲章違反に対する究極的な救済は司法の裁量判断であるとした。何が適切か、つまり「その状況にあった適切な」救済の選択には、司法は、RC の趣旨の通りに、憲章上の人権を侵害された個人がその回復のための救済を受ける権利の保障を重視しながら、他方で、権力分立の視点、つまり裁判所や立法府の役割を斟酌して、考えていくことになる。¹³⁵⁾

四 むすびにかえて

英国型の議会主権の伝統をもちながら、1982 年憲法の制定で司法審査制による人権保障の実現を導入したカナダは、司法の救済権を広く認めることで人権の確実な保障を目指した。権利の実効と題された RC は、憲章の究極の実現に司法の能力を発揮させるお膳立てをした。¹³⁶⁾ 救済はもともと個別の制定法によるものであり、また政府の不法行為を断罪するのに控えめなコモンローの伝統にあって、制定当初は RC が意図したような救済裁量を発揮することはそれほど見られなかったけれども、2000 年以降、インジャンクションや損賠を司法みずからがクラフトしている。これを積極主義とよぶかはともかく、憲章自体がそうした状況を想定したといえるのであって、制定から 36 年、その展開

134) Roach, *supra* note 48 at 685.

135) SHARPE AND ROACH, *supra* note 33 at 458.

136) 「今や憲章は斧の代わりにメスを判事的手中に収めたと認識することが重要だ。これまでになく慎重に、個人に対する公平さと社会利益と、司法制度の保全の、ときに補完的でときに対抗的な関心を斟酌する解決を作り上げる道具なのである」。R. v. O'Connor, [1995] 4 S.C.R. 411, para 69 (L'Heureux-Dubé, J.).

は憲章上の権利の画成の期待を膨らませている。¹³⁷⁾それは「権利あるところ救済あり」の原理の憲法レベルでの実現であり、¹³⁸⁾その模索は進行中である。

補遺 本稿は平成30年度科研費（課題番号16K03300）による研究の成果の一部である。

137) 「救済の将来は依然予見するに困難である。しかしながら、以下のことは自信をもって結論付けうる。憲章の救済は憲章の権利に影響を与え、憲章の権利の将来への変遷は少なからずこの憲章の救済の変遷にかかっている、と」。Roach, *supra* note 48 at 694. 救済は権利と競合する社会的利益とのバランスの要素もあるけれども、権利の実現と確証された違反の補填の重要性は決して忘れられてはならない。Roach, *supra* note 10 at 537.

138) 判例はこの原理は憲章7条の法の一般原理とまではいえないとする。救済の決定や形成が高度に状況に即したもの (contextual) であって、いかなる場合に常に救済があるべきかにコンセンサスはないからだとする。Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran, [2014] 3 S.C.R. 176, paras 158-167. SHARPE AND ROACH, *supra* note 33 at 432. カナダ人女性ジャーナリストがイランで殺されその処置も不十分であることに、その息子がイランに対して損害を求めた事件で、国際法の国家免責をカナダに国内法化した国家免責法 (State Immunity Act) で却下されたことで同法の憲章7条違反を争ったところ、最高裁は、「権利あるところに救済あり」は同条の法の一般原理ではないと判断している。